

L'IN HOUSE PROVIDING, TRA ORDINAMENTO COMUNITARIO E CATEGORIE GIURIDICHE NAZIONALI

Antonella Iunti
Università di Trento

Abstract

Quando ci si confronta con concetti giuridici di provenienza comunitaria, si deve sempre tenere presente che questi non hanno, di norma, una “valenza” precisa, come solitamente avviene negli ordinamenti interni dei Paesi membri. L'ordinamento comunitario è, infatti, privo di una tradizione dogmatica e di categorie giuridiche proprie, in quanto trova origine e fondamento negli ordinamenti degli Stati membri, pur differenziandosi da essi.

Non si possono, allora, interpretare correttamente istituti di origine comunitaria, come quello dell'*in house providing*, se non si tengono in considerazione le caratteristiche della realtà giuridica europea e il suo approccio “pragmatico” alle categorie concettuali.

Parole chiave: Ordinamento comunitario – Categorie giuridiche – In house providing – Delegazione interorganica – Controllo analogo.

Abstract

When we use juridical concepts of community origin, we always have to keep in mind that these don't have, as a rule, one “value” precise, as it usually happens in the national law of the Members States. The community legal system is, in fact, deprived of a dogmatic tradition and of proper juridical categories, in how much it finds origin and base in the national law of Members States, also differentiating itself from them.

We won't be able, then, to correctly interpret institutes of community origin as that of the *in house providing*, if we don't hold in consideration the characteristics of the European juridical reality and the practical and concrete approach to the conceptual categories.

Keywords: Community legal system – Juridical categories – In house providing – Delegation among organs of the same public administration – Control which is similar to that which the administration exercises over its own departments.

1. I caratteri dell'ordinamento comunitario e le difficili convergenze nazionali: una necessaria premessa

E' da tempo principio recepito in giurisprudenza e in dottrina, come in atti ufficiali, che la Comunità europea sia un ordinamento giuridico autonomo, intendendo per tale <<un insieme organizzato e strutturato di norme giuridiche provvisto di fonti proprie, di organi e procedure idonee a emetterle, interpretarle, farne constatare e, se del caso, sanzionarne le violazioni>>¹.

Si deve, in particolare, alla Corte di giustizia l'elaborazione della tesi della Comunità europea come distinto ordinamento giuridico: fin dai primi anni sessanta i Giudici di Lussemburgo hanno sostenuto che <<la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani; ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini>>². Più precisamente, nel tentativo di sviluppare e sostenere la tesi dell'originalità dell'ordinamento comunitario, si è affermato che <<a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato Cee ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare>>³.

Il riconoscimento dell'autonomia e dell'originalità dell'ordinamento giuridico comunitario non può, però, fare dimenticare le sue peculiarità e cioè il fatto che si tratti di un ordinamento che trova origine e fondamento negli ordinamenti degli Stati membri, pur differenziandosi da essi.

Riprendendo l'espressione di autorevole dottrina potremmo giungere a definirlo come un <<ordinamento di ordinamenti>>. Tant'è che si è osservato che <<se per esigenze di più facile comprensione ha da esservi una rappresentazione grafica, l'Ue somiglia dunque non ad un tempio greco, ma al modo in cui gli antichi descrivevano il sistema tolemaico come grande cerchio comprensivo di una pluralità di elementi, ovvero un sistema di sistemi>>, o, ancor meglio, <<un sistema di ordinamenti>>⁴.

¹ Così ISAAC G., *Droit communautaire général*, Paris, 1983, 111.

² Si tratta della famosa sentenza *Van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963, causa 26/62.

³ Corte di giustizia, 15 luglio 1964, causa C- 6/64, *Costa c. Enel*.

⁴ Così CHITI M.P., *Lo spazio giuridico europeo*, in www.astrid-online.it

Proprio per tale ragione, <<benché sia innegabile il carattere proprio e sistematico della normazione europea, si è messo in dubbio che essa sia anche originaria, ritenendosi che solo gli Stati siano ordinamenti originari>>⁵.

L'ordinamento comunitario, soprattutto grazie all'opera della Corte di giustizia, arriva ad elaborare o, meglio, a completare il proprio sistema giuridico attraverso un processo di astrazione e di adattamento che prende le mosse dai sistemi giuridici dei Paesi membri⁶: si è fatto ricorso, in particolare, alla "tecnica del rinvio", attraverso la quale un ordinamento può completare il proprio sistema riferendosi a norme o a figure giuridiche di un altro ordinamento, che assume come proprie⁷. E' pur vero, però, che il significato attribuito alle norme, agli istituti o ai principi mutuati⁸ mediante la tecnica del rinvio è non di rado diverso rispetto a quello originario⁹.

Al dunque, l'ordinamento comunitario è privo di una tradizione dogmatica e di categorie giuridiche proprie, che consentano di parlare di una "teoria generale" europea del diritto¹⁰.

⁵ DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Bari, 2003, 49, il quale mette a confronto gli argomenti a sostegno e quelli che invece sembrerebbero negare il carattere originario dell'ordinamento comunitario.

⁶ Il mutuo completamento tra gli ordinamenti nazionali e quello europeo è stato messo in luce, fra gli altri, da BIEBER R., *On the mutual completion of Overlapping Legal Orders*, in *ELR* (13), 1988, 147 ss. Sul punto si veda anche CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in CHITI M.P., GRECO G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Milano, 2007, 11 ss.

L'origine nazionale di molti principi e regole comunitarie è stata evidenziata, tra gli altri, da USHER J.A., *The influence of national concepts on decision of the European Court*, in *ELR* (1), 1976, 359 ss.

⁷ Il fenomeno dell'interazione tra tradizioni giuridiche ha talmente caratterizzato l'ordinamento giuridico comunitario, tanto da far parlare la dottrina di <<carattere composito dell'ordine giuridico europeo>>: DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, cit., 57.

⁸ Tra i principi che la Corte di giustizia ha attinto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri si può annoverare, per esempio, il principio di proporzionalità, che comporta il divieto, per i pubblici poteri, di imporre ai privati restrizioni in misura superiore a quella strettamente indispensabile per la realizzazione degli interessi dei quali assumono la cura.

⁹ A conferma di ciò, è opportuno, ad esempio, ricordare la disposizione contenuta nella Carta dei diritti fondamentali, che, nell'assumere come base la portata dei diritti garantiti dalla Cedu, fa salva la possibilità che l'Unione <<conceda una protezione più estesa>> (art. 52, comma 3).

¹⁰ Secondo FRANCO I., *Diritto comunitario e diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2007, 675, l'ordinamento comunitario sarebbe scervo da quella <<concettualogia giuridica>> essenzialmente legata all'impostazione scientifico-teorica delle varie branche del diritto, di tipo dogmatico, e, insomma, dall'aspetto teoretico del sistema giuridico.

In esso prevale, piuttosto, lo spirito pragmatico e l'approccio operativo, pressoché indifferente ai riflessi sul piano delle costruzioni giuridiche teoriche e della relativa sistematica. I concetti adoperati dal legislatore o dal giudice comunitario vengono utilizzati non per la loro "valenza" giuridica, perché, cioè, a quella figura corrisponde un determinato e preciso significato normativo, ma per la loro capacità descrittiva, ossia di rappresentare un'idea, di rendere palese ciò che l'istituzione comunitaria intende dire o perseguire. La disciplina normativa tende ad essere di tipo funzionale¹¹, e le diversità nel definire medesimi concetti e tipologie giuridiche va sostanzialmente ricondotta all'interesse comunitario perseguito in concreto¹². In ciò, in vero, si comprende anche come, una volta entrati a far parte dell'ordinamento comunitario, gli istituti operino indipendentemente dalle qualificazioni proprie dei singoli ordinamenti giuridici di provenienza, non essendoci quasi mai una loro trasposizione *tout court*, quanto, piuttosto, un loro inevitabile adattamento.

A conferma di tutto questo è possibile ricordare un aspetto tecnico inerente alla stesura delle norme giuridiche: di solito, nelle disposizioni iniziali di un testo normativo (ad. es. una direttiva) vengono dettate le "definizioni" delle espressioni sostantivali che figurano nei successivi articoli di quella data fonte giuridica. Come appare evidente, si tratta, ancora una volta, di modalità pratiche, onde fare in modo che l'interpretazione delle disposizioni contenute nel testo normativo sia il più possibile univoca, ed evitare che si pongano questioni in sede interpretativa. Al contempo, però, accade che la medesima espressione possa essere ridefinita in altre fonti e, forse, anche in termini differenti.

Ed ecco allora il problema: quando ci si confronta con concetti giuridici di provenienza comunitaria, si deve sempre tener presente che questi non hanno, di norma, una "valenza" precisa, come solitamente avviene negli ordinamenti interni dei Paesi membri, e che non si fondano su tradizioni dogmatiche consolidate. Evidenti le difficoltà per l'interprete.

¹¹ A tal proposito, si veda GRECO G., *Gli affidamenti <<in house>> di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1464 ss., il quale rileva come, a livello comunitario, prevalgano esigenze sistematiche piuttosto che strettamente dogmatiche.

¹² Cfr. PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, Relazione tenutasi a Roma il 24 novembre 2005 all'Incontro per la presentazione dell'opera "Il nuovo diritto degli appalti pubblici", a cura di Garofoli R. e Sandulli M.A., Milano, 2005.

Certo, non si può negare che la definizione di categorie concettuali univoche, valide per tutti gli Stati dell'Unione europea, costituisce impresa ardua per le istituzioni comunitarie, soprattutto se si tiene conto dell'estrema eterogeneità dei vari ordinamenti nazionali. Ma, forse, proprio per questo lo stesso ordinamento comunitario dovrebbe impegnarsi ancor di più nell'«*imporre istituti di chiara e facile applicazione, anche se con qualche forzatura*», che fungano da punti di riferimento stabili e certi per tutti i Paesi membri¹³.

Non è difficile, pertanto, intuire come l'approccio e l'interpretazione di istituti giuridici di origine comunitaria debba avvenire, a livello di ordinamenti interni, tenendo in considerazione la realtà giuridica appena descritta. Ed è quello che ci si propone di fare nell'introdurre il "tormentato" istituto dell'*in house providing*.

2. L'in house providing: origini, definizione e difficoltà ricostruttive

L'*in house providing* è una figura venutasi a delineare negli ultimi dieci anni¹⁴, e rappresenta perfettamente il frutto del contesto giuridico in cui viviamo.

Esso è uno dei frutti del processo d'integrazione europea, ed affonda le sue radici nei principi fondamentali del diritto comunitario; costituisce un classico esempio di istituto comunitario recepito dagli ordinamenti interni e la sua regolamentazione da parte di questi è dovuta alle pressioni provenienti dalle istituzioni comunitarie.

¹³ GRECO G., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti <<in house>>: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 77, il quale, in quest'ottica, ravvisa l'esigenza di una parificazione — ai fini degli appalti pubblici in generale — delle imprese pubbliche con gli organismi di diritto pubblico.

¹⁴ I primi casi in cui la Corte di giustizia ha iniziato ad occuparsi della figura dell'*in house providing* sono stati *BFI Holding* (Corte di giustizia 10 novembre 1998, causa C-306/96) e *RI.SAN* (Corte di giustizia 9 settembre 1999, causa C-108/98), anche se, in tali contesti, non si è affrontato espressamente l'argomento. In queste pronunce, infatti, la Corte di giustizia ha trattato il tema in oggetto solo *obiter dictum* e, dunque, con argomentazioni di passaggio rispetto alla specifica questione oggetto del giudizio. E' solo con il noto caso *Teckal* (Corte di giustizia 18 novembre 1999, causa C-107/98) che la Corte di giustizia fornisce il primo contributo determinante alla definizione dell'istituto in esame, delineandone i limiti e, soprattutto, individuando i due imprescindibili requisiti che devono sussistere affinché si possa parlare di affidamento *in house*. Tali requisiti sono quello del "controllo analogo" e quello del c.d. "soggetto dedicato", i quali, proprio per essere stati indicati per la prima volta nella sentenza *Teckal*, vengono, di norma, definiti come "requisiti *Teckal*".

Più precisamente, l'*in house providing* nasce come strumento di mediazione tra le esigenze comunitarie volte a tutelare la realizzazione del mercato interno¹⁵ e, quindi, il processo di rafforzamento dell'integrazione europea, e le libertà degli Stati membri. Ma, soprattutto, come strumento di regolazione del mercato, nel tentativo di individuare e definire le soluzioni organizzative legittime e quelle che, invece, si presentano violative dei principi fondamentali del Trattato CE e del diritto comunitario derivato.

La costruzione dell'Unione europea passa, anzi principia, proprio attraverso una convergenza economica: non c'è elemento che consente maggiormente l'aggregazione di quello economico. Difatti, tra i principi fondamentali del Trattato CE s'inserisce la previsione di <<un mercato interno caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali>> (art. 3, comma 1, lett. c) Tr. CE).

E', dunque, un dato ormai acquisito il fatto che l'obiettivo principale dell'Unione europea sia rappresentato dalla realizzazione di un mercato unico attraverso l'introduzione di un <<regime di tipo liberista>>, orientato verso la valorizzazione della libertà di iniziativa privata e basato su <<regole volte a tutelare la concorrenzialità fra imprese, senza alcuna discriminazione fra settore pubblico e privato>>¹⁶.

Si coglie l'importanza del principio della concorrenza: quest'ultima rappresenta un mezzo per la formazione del mercato e, al contempo, un modo di essere del mercato stesso¹⁷. Anzi, a livello comunitario, il principio in questione assume una rilevanza fondamentale: è considerato un punto cardine nella

¹⁵ Occorre precisare che il mercato interno è qualitativamente diverso dall'iniziale mercato comune, in quanto destinato non a creare una semplice zona di libero scambio, ma un sistema del tutto integrato, in cui è eliminato ogni ostacolo agli scambi entro la Comunità, incluse le frontiere doganali interne: <<uno spazio senza frontiere interne>>, come definito dall'art. 14 [ex art. 7A] Tr. CE. A definire questo passaggio dal mercato comune al mercato interno ha contribuito anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, fin dalla sentenza *Schul* del 5 maggio 1982, causa 15/81, aveva rilevato che <<la nozione di mercato comune, elaborata dalla Corte nella sua costante giurisprudenza, mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi infracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico, il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno>>. In dottrina, sul passaggio dal mercato comune a quello interno, cfr. AMMANNATI L., *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di <<transaction>> di commons*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 113 ss. Si veda anche MONACO R., *Mercato interno europeo*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990, 3 ss.

¹⁶ Così ALLEGRI M.R., *La politica della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, a cura di Orsello G.P., in SANTANIELLO G. (dir. da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXII, Padova, 1999, 420.

¹⁷ Cfr. AMMANNATI L., *op. cit.*, 133-134.

politica comunitaria, essendo il mezzo attraverso il quale poter raggiungere gli obiettivi assunti già in sede di costituzione della Comunità europea¹⁸. Una concorrenza efficace, in effetti, è fondamentale per garantire un'economia di mercato aperta¹⁹. Ed è per questo che la disciplina del mercato interno include, tra l'altro, un'ampia tutela nei confronti delle violazioni della concorrenza, anche attraverso la definizione di regole di comportamento per i soggetti economici sia pubblici che privati²⁰.

Invero, la definizione di condizioni che rendono l'esercizio di un potere economico compatibile con un mercato di tipo concorrenziale realizza la tutela non solo degli altri concorrenti effettivi o potenziali, ma anche degli interessi dei consumatori, degli utenti o dei risparmiatori. In questa chiave, infatti, si possono leggere alcuni aspetti della più recente politica comunitaria della concorrenza, come la predisposizione di misure adeguate di organizzazione e controllo dei mercati finanziari, o l'obiettivo di una progressiva liberalizzazione di mercati tipicamente monopolistici come quelli dei servizi pubblici.

Si tratta, dunque, di un mercato inteso come sistema di rapporti instaurati su un principio di libertà relazionale, caratterizzato da regole che strutturano le relazioni e la coesistenza degli attori e la tutela di determinati interessi. In sostanza, occorre sempre prestare attenzione sia al criterio di organizzazione del mercato (ad esempio, la concorrenza e i diversi gradi della stessa) e alle regole che rappresentano, sia alle condizioni per l'esercizio delle attività e per l'adozione di comportamenti da parte dei diversi attori che ai parametri di valutazione della adeguatezza degli stessi al criterio prescelto.

¹⁸ E' stato rilevato, infatti, che <<l'idea (...) del mercato come dimensione organizzata sulla base di un principio, cioè la concorrenza, che è costruito e può funzionare grazie ad un sistema di regole fatte valere come limite all'agire dei singoli operatori, in altre parole l'idea di una interconnessione strutturale tra dimensione economica e istituzionale, è presente nelle disposizioni comunitarie dei Trattati fin dalla loro prima formulazione>>: così AMMANNATI L., *op. ult. cit.*, 115.

¹⁹ L'evoluzione complessiva del sistema comunitario e ancor più le spinte verso un'accelerazione dell'integrazione del mercato interno hanno prodotto, nelle stesse istituzioni, un radicamento della <<cultura della concorrenza>>, come si esprime il *White Paper* del 12 maggio 1999 sulla modernizzazione del Reg. n. 17/62, che ha consentito di rafforzare la tutela della concorrenza ancor prima che il Trattato di Maastricht la riconoscesse come principio fondamentale con una posizione di per sé rilevante.

²⁰ Quando si parla di mercato è ormai un punto fermo il fatto che sia ricco di regole. <<Anzi la presenza di un sistema di norme appare co-essenziale all'esistenza stessa e al funzionamento de mercato; e si evidenzia, quindi, un rapporto di implicazione reciproca tra sfera giuridica e sfera economica>>: così, AMMANNATI L., *op. ult. cit.*, 143. Per un approfondimento sul punto, si veda, inoltre, LIPARI N. – MUSU I., *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma, 2000, *passim*.

Ed, in effetti, proprio in questo tipo di valutazione si colloca l'analisi e lo studio dell'istituto in questione: l'*in house*, pur rappresentando un modulo di gestione <<*al di fuori di schemi che rientrano in una logica di mercato*>>²¹, parte dal presupposto e si giustifica proprio grazie al rispetto del principio della concorrenza. Tiene sempre in considerazione il criterio di organizzazione del mercato e le condizioni e i comportamenti che ne consentono il rispetto, valutandoli alla luce dei parametri di legalità e adeguatezza individuati in ambito europeo.

E' opportuno, però, segnalare che, nonostante si ricorra, al fine di una sua qualificazione, al termine "istituto" —termine che farebbe presupporre ad una positivizzazione della figura giuridica, regolata da un complesso di principi e norme codificate, corrispondenti a fatti e fenomeni sociali determinati—, l'*in house providing* risulta, tuttora, un modello privo, a livello europeo, di una normativa che lo disciplini.

La realtà giuridica in esame ha preso le mosse da una prassi applicativa diffusasi nella maggior parte dei Paesi dell'Unione europea, trovando giustificazione proprio nei principi fondamentali del Trattato e negli atti normativi o para-normativi delle istituzioni comunitarie, con i quali si è provveduto ad interpretare i principi suddetti.

In particolare, in considerazione del principio che riconosce agli Stati membri la libertà di definire le modalità organizzatorie e gestorie di un servizio pubblico e, quindi, la possibilità di decidere per la gestione diretta del servizio senza ricorrere al mercato e in considerazione del principio in base al quale è possibile eludere le regole della gara qualora non vi siano problemi di concorrenza e si rimanga fuori da un contesto di mercato, come, appunto, nel caso in cui una pubblica amministrazione decida di gestire direttamente un servizio mediante la propria organizzazione o mediante enti con i quali si configurino ipotesi di relazioni interorganiche, si è assistito al diffondersi sempre maggiore nei Paesi dell'Unione di modelli di gestione diretta. Anzi, il ricorso diffuso a tali modelli è parso quasi un abuso, attraverso il quale le pubbliche amministrazioni riescono ad evitare il mercato e le conseguenti procedure competitive per la scelta del contraente a cui affidare il servizio.

²¹ Cfr. le conclusioni dell'Avv. Gen. La Pergola relative alla causa BFI Holding, 19 febbraio 1998, C-324/98, punto 46, in *Racc.*, 6846 ss.

Infatti, l'affidamento diretto in deroga all'applicazione dei principi del Trattato, delle direttive in materia di appalti e, più in generale, del principio dell'evidenza pubblica, si giustifica e si legittima, alla luce del diritto comunitario, perché il rapporto riguarda l'amministrazione aggiudicatrice e un soggetto che, rispetto ad essa, non può considerarsi come terzo²². In tale ipotesi, non si è in presenza di un ricorso al mercato al fine di individuare un contraente dell'amministrazione, ma si verte in un'ipotesi di autoproduzione dell'attività da parte della medesima amministrazione aggiudicatrice. A ben vedere, nell'ipotesi in questione verrebbe a mancare anche il presupposto oggettivo relativo all'applicabilità delle norme sui contratti pubblici e sulla concorrenza, costituito dalla stipulazione di un contratto sinallagmatico a carattere oneroso tra l'amministrazione e l'ente. La gestione diretta può realizzarsi o mediante strutture interne all'amministrazione o mediante il ricorso a soggetti esterni, che siano però parte dell'amministrazione stessa, in considerazione del particolare rapporto "interorganico" che li lega.

Ciò posto, se la legittimità della gestione diretta mediante strutture interne alla stessa amministrazione aggiudicatrice è fuori discussione ed è anche facile da inquadrare e riconoscere, qualche dubbio, invece, è sorto relativamente all'ipotesi di gestione diretta mediante affidamento a soggetti esterni all'amministrazione: ipotesi, quest'ultima, raffigurante il tipico caso di "gestione *in house*". Infatti, con la denominazione "*in house providing*", di norma, si intende l'ipotesi in cui una pubblica amministrazione affida ad un ente dalla stessa controllato la prestazione di servizi, forniture o lavori: la denominazione, invero, ha già in sé tutti i caratteri dell'istituto, in quanto evidenzia un'attività (provvedere: *providing*) interna (*in house*) all'amministrazione pubblica.

In questo caso, però, per ammantare di legittimità, alla luce dei principi di diritto comunitario, l'affidamento diretto sarà necessario analizzare la natura giuridica del legame intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice

²² A tal proposito si veda la recentissima sentenza della Corte di giustizia 10 settembre 2009, causa C-573/07, in www.dirittodeiservizipubblici.it, nella quale i Giudici di Lussemburgo hanno ribadito che <<gli artt. 43 Ce e 49 Ce, i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla cittadinanza così come l'obbligo di trasparenza che ne discende non ostano all'affidamento diretto di un appalto pubblico di servizi ad una società per azioni a capitale interamente pubblico qualora l'ente pubblico che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice eserciti su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano>>.

ed il soggetto aggiudicatario e verificare che si sia in presenza di un rapporto "interorganico", che escluda, pertanto, la terzietà fra i soggetti.

Sennonché, se <<l'esistenza di un ente distinto è facile da concepire e da identificare, poiché basta accertare che l'operatore economico sia costituito sotto una forma giuridica diversa da quella dell'amministrazione aggiudicatrice. Per contro, non è semplice rendersi conto del grado di autonomia di cui l'ente dispone. La natura del controllo esercitato da un ente territoriale su un organismo giuridicamente distinto o il livello a partire dal quale si ha il diritto di considerare che quest'ultimo svolga la parte essenziale della sua attività con l'autorità pubblica da cui dipende, in particolare, possono suscitare incertezze>>²³.

Al dunque, non vi sono dubbi sul fatto che il fondamento dell'*in house* vada individuato nei principi di diritto comunitario; questi legittimano, in linea teorica, la figura in esame; anche se, in pratica, non risulta così facile riconoscerla e ammettere la legittimità delle ipotesi che vengono qualificate in tali termini.

E' molto complicato, in effetti, stabilire la natura giuridica del legame intercorrente tra amministrazione aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario, anche perché, a parte i principi desumibili dal Trattato e da alcuni atti di diritto derivato, non esistono, come precedentemente detto, specifiche disposizioni che disciplinino in modo chiaro ed esaustivo la figura in esame e che perimetrino con precisione il modello dell'*in house*, indicando le caratteristiche e gli indici rivelatori del rapporto che deve intercorrere tra i due soggetti suddetti. Situazione di incertezza, questa, che ha facilitato il diffondersi di affidamenti definiti di *in house providing*.

Ed è proprio di fronte all'affermazione e diffusione di tale modello gestionale, ravvisata dagli operatori giuridici ed economici di quasi tutti i Paesi membri della Comunità europea, che si è iniziato ad avvertire il bisogno di definire con più precisione la figura in oggetto, anche in considerazione dei vari casi che iniziavano ad essere sottoposti alla Corte di giustizia in merito alla legittimità dell'affidamento diretto di servizi da parte di amministrazioni aggiudicatrici nei confronti di soggetti "sostanzialmente" pubblici. I ricorrenti, infatti, lamentavano l'elusione delle regole sulla concorrenza e sostenevano la

²³ In questi termini, CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 248, nota 2.

necessità di fare ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per scegliere tra più concorrenti ed evitare, appunto, trattamenti discriminatori ingiustificati.

In questo contesto, pertanto, è risultato determinante il ruolo della Corte di giustizia, la quale ha provveduto, attraverso varie pronunce, a definire e ricostruire la figura dell'*in house*, rilevandone le caratteristiche e delimitandone i confini.

In effetti, l'*in house providing* altro non è che un istituto di elaborazione giurisprudenziale: il giudice comunitario, per garantire il mercato, pur riconoscendo e rispettando il principio di autonomia organizzativa degli Stati membri, ha cercato di fissare dei limiti a tale principio, stabilendo le condizioni in presenza delle quali si possa reputare legittimo un affidamento posto in essere da un'amministrazione pubblica nei confronti di un altro soggetto senza l'esperimento di una procedura di gara e quando, invece, ciò non sia possibile, in quanto, appunto, elusivo della concorrenza.

Nel far ciò, i giudici di Lussemburgo sono giunti ad elaborare la figura organizzativa in questione, poi recepita dagli ordinamenti dei Paesi membri, la quale, come si evince dalla stessa terminologia utilizzata di "*in house providing*", definisce le ipotesi in cui la gestione del servizio, pur apparentemente affidata all'esterno, rimane "in casa", non richiedendo alcuna procedura selettiva per l'individuazione del soggetto gestore.

L'affidamento *in house*, difatti, in quanto affidamento diretto, si legittima solo qualora si dimostri l'assenza di terzietà tra il soggetto affidante e quello affidatario: il soggetto gestore si deve atteggiare ad una sorta di *longa manus* dell'affidante, pur conservando "formalmente" natura distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo di questo. Deve, in altri termini, trattarsi di una sorta di "delegazione interorganica", nella quale la gestione del servizio resta saldamente nelle mani dell'ente concedente attraverso un controllo gestionale e finanziario stringente sull'attività dell'affidatario, il quale, a sua volta, è istituzionalmente destinato ad operare in modo assorbente in favore di quello.

In sintesi, alla luce delle pronunce del giudice comunitario, l'affidamento diretto per essere legittimo e potersi definire "*in house*" deve presentare due requisiti: 1) il requisito del "controllo analogo", che si ha quando l'ente esercita sul fornitore un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; 2) il requisito del c.d. "soggetto dedicato", che si ha quando il fornitore

realizza la parte più importante della propria attività con l'ente e con gli enti che lo controllano²⁴.

E' pur vero, però, che le sentenze che hanno riconosciuto e legittimato la figura dell'*in house providing* non hanno risolto tutte le questioni che avevano portato la stessa Corte di giustizia ad intervenire in materia, anzi, semmai, hanno alimentato dubbi e consentito, a volte, abusi nell'ambito delle procedure di affidamento: la definizione precisa della fattispecie configurante ipotesi di *in house providing* si è rivelata tutt'altro che facile e così la Corte di giustizia è dovuta intervenire più volte nel corso degli ultimi anni, nel tentativo di fare chiarezza in materia.

Tra i motivi che hanno maggiormente determinato questa difficoltà ricostruttiva dell'istituto, rendendone, tuttora, complicata l'individuazione e l'inquadramento da parte dei legislatori nazionali, con conseguenti abusi da parte degli operatori settoriali, va, senza dubbio, annoverato quello connesso alla difficile interpretazione dei concetti utilizzati dal giudice comunitario per descrivere l'affidamento *in house*²⁵, anche e soprattutto in considerazione

²⁴ La necessità della presenza di tale requisiti, sostenuta per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal*, cit. e successivamente riconfermata in diverse altre pronunce, è stata di recente ribadita dai Giudici di Lussemburgo nella sentenza 10 settembre 2009, causa C-573/07, cit., nella quale, infatti, al punto 36, si è affermato che <<secondo la giurisprudenza della Corte, una gara non è obbligatoria in caso di contratto a titolo oneroso concluso con un ente giuridicamente distinto dall'autorità locale che costituisce l'amministrazione aggiudicatrice, qualora tale autorità eserciti su detto ente un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e, nel contempo, tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che lo controllano>>.

²⁵ Lo stesso Avvocato generale Stix-Hackl, nelle sue conclusioni presentate il 12 gennaio 2006, relativamente alla causa C-340/04, *Carbotermo s.p.a. c. Comune di Busto Arsizio*, punto 17 e 18, in www.dirittodeiservizipubblici.it, rileva come <<i>requisiti Teckal consistono in un insieme di concetti indeterminati, che hanno comportato tutta una serie di problemi giuridici e di distinzioni problematiche. Sulla base di tale esperienza si pone il problema di come la Corte possa garantire la massima chiarezza giuridica e, in tal modo, la massima certezza del diritto per gli interessati: una possibilità potrebbe essere quella di non raffinare la propria giurisprudenza solo con riferimento a casi specifici, ma di precisarla in termini più generali di quanto fatto sino ad ora. Un'altra possibilità potrebbe essere quella di superare le incertezze introdotte con l'eccezione Teckal attraverso una completa revisione della propria giurisprudenza. Nel novembre 1999 la Corte, con la sentenza Teckal, ha aperto le porte ad eccezioni alla direttiva. Resta però non chiaro quanto questo spiraglio sia largo. (...) Tale situazione ha effetti anche sui supremi giudici nazionali, come il Consiglio di Stato italiano. (...) A prescindere dalla questione dell'aderenza di tale giurisprudenza a quella della Corte, resta il fatto che il procedimento principale, come altri in diversi Stati membri, dimostra che, evidentemente, la giurisprudenza della Corte non fornisce alcuna chiara indicazione per gli ambienti economici interessati e per i giudici degli Stati membri>>.

dell'approccio pragmatico alla categorie concettuali poc'anzi esposto, ma non ancora familiare agli ordinamenti interni degli Stati membri. Non è complicato, infatti, cogliere come il concetto di <<controllo analogo>> possa prestarsi a varie interpretazioni, così come non è difficile intuire quanto sia tutt'altro che agevole individuare il significato di <<delegazione interorganica>>.

A ciò si aggiunga che l'istituto in esame, costituendo un <<ampliamento dell'organizzazione pubblica>>²⁶, presuppone la conoscenza e la relativa distinzione con una serie di complesse figure giuridiche connesse al concetto di pubblica amministrazione, che, come ben sappiamo, non sono di facile individuazione ed interpretazione, stante le sostanziali differenze concettuali esistenti nei vari Stati membri e la difficoltà dell'ordinamento comunitario di individuarne una comune a tutti. In altre parole, le difficoltà ermeneutiche inerenti alla figura in esame non riguardano solo i concetti strettamente legati ad essa, ma anche tutta una serie di definizioni indirettamente incidenti: si pensi, ad esempio, alla nozione di "organismo di diritto pubblico".

3. L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo interno: il fenomeno della "moltiplicazione dei contenuti" di un concetto

I dubbi interpretativi maggiormente rilevanti relativi all'istituto dell'*in house providing* attengono all'espressione <<delegazione interorganica>> e <<controllo analogo>>. Malgrado gli stessi siano presenti negli ordinamenti dei vari Paesi membri con sfumature differenti, la Corte di giustizia non ne fornisce una definizione chiara. La difficoltà, pertanto, consiste nel comprendere quale contenuto attribuire alle espressioni utilizzate dai Giudici di Lussemburgo, tenendo presente che non vanno necessariamente a coincidere con le figure giuridiche di diritto interno ugualmente denominate.

Il diritto comunitario —lo abbiamo detto— non dà rilevanza alla qualificazione giuridica presente negli ordinamenti nazionali. Si pensi, ad esempio, alla nozione di "concessione amministrativa" che, quantomeno se riferita alla materia degli appalti pubblici, risulta qualcosa di fondamentalmente diverso dalla tradizionale figura teorica della concessione, che costituisce oggetto di studio nel diritto amministrativo interno, pur nelle sue varie articolazioni e varietà di significato (concessione costitutiva; concessione traslativa; concessione contratto).

²⁶ Così CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 255.

La differenza fondamentale, di contenuto, attiene al fatto che, nella materia degli appalti pubblici, così come influenzata e ridefinita dal diritto comunitario, la concessione di lavori pubblici o la concessione di servizi è, dal punto di vista formale, un contratto pubblico, peraltro con caratteri precipui, che contraddistinguono lo scambio di prestazioni e utilità, affatto peculiari²⁷. Invece, in molti ordinamenti interni, come, ad esempio, quello italiano, la dottrina amministrativa ha da sempre inteso, a parte la figura della concessione-contratto (mai chiarita completamente dal punto di vista dogmatico, data la coesistenza e commistione di aspetti autoritativi e paritetici nel medesimo atto), che costituisce un ibridismo, la concessione in senso tradizionale come il classico provvedimento unilaterale e autoritativo della p.a..

Altro caso emblematico è dato dalla nozione di “fornitura”, che, mentre per ordinamenti, come quello italiano, rappresenta un contratto avente una sua fisionomia e che non è, classicamente, oggetto di appalto, per effetto del diritto comunitario è divenuta anch’essa uno dei possibili contenuti del contratto di appalto pubblico, una delle componenti della triade (appalti di lavori, di servizi e di forniture).

Si rileva, quindi, come concetti che per il diritto interno sono chiari e consolidati debbano, invece, essere riletti in termini differenti qualora debbano trovare applicazione in materie di provenienza o di influenza comunitaria, alla luce della definizione o del contenuto ad essi attribuito dalle istituzioni europee.

Ecco perché negli ultimi tempi anche nei Paesi membri si sta assistendo al fenomeno della “moltiplicazione dei contenuti” di un concetto: accanto al contenuto riconosciuto tradizionalmente dalle istituzioni o dalla dottrina interna, si vengono ora ad affermare altri contenuti, imposti dal livello comunitario.

Non si dimentichi, infatti, che gli ordinamenti interni sono tenuti a dare applicazione alle norme comunitarie e, conseguentemente, a recepire le definizioni in esse contenute²⁸. Tant’è che proprio la diretta applicabilità e

²⁷ Cfr. art. 3, commi 11 e 12, d.lgs. n. 163 del 2006, rispettivamente per le concessioni di lavori pubblici e di servizi.

²⁸ Sul rapporto tra fonti comunitarie e fonti interne si veda FRANCO I., *Diritto comunitario e diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, cit., 674 ss., il quale, in particolare, si pone il problema se questo rapporto dia vita ad un’integrazione o se, invece, vi sia separatezza tra i due ordinamenti in questione.

l'esecuzione diretta del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri e la prevalenza sul diritto interno con il vincolo della sua disapplicazione da parte anche dell'autorità amministrativa in caso di incompatibilità²⁹ sembrano giustificare la conclusione tratta da molti, secondo la quale il diritto amministrativo nazionale è ormai <<solo una parte del diritto amministrativo vigente nei vari Paesi>>, ad esso va, invero, ad affiancarsi <<un vastissimo corpo di diritto comunitario scritto e giurisprudenziale>>³⁰.

In altre parole, si tratta, come evidenziato da autorevole dottrina, del <<l'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo>>³¹. <<Con la comunitarizzazione si assiste (...) ad istituti, regole e rapporti modellati unitariamente, almeno negli aspetti fondamentali, dal diritto comunitario o, per effetto di esso, esposti alla disciplina di provenienza da altri Stati membri>>³².

Accanto all'influenza diretta esercitata dal diritto comunitario sui diritti amministrativi dei Paesi membri è rilevabile, per di più, almeno nel caso dell'ordinamento italiano, un'influenza che potrebbe definirsi indiretta o, come suggerito da qualcuno, indotta³³. Si tratta dell'adesione da parte del legislatore o della giurisprudenza teorica o pratica a schemi concettuali ovvero a soluzioni proprie del diritto comunitario senza che sussista un vincolo in tal senso derivante da tale diritto. Al più, il vincolo potrebbe configurarsi di natura interna, derivante dalla necessità di osservare il principio di eguaglianza. Le ipotesi sono varie e concernono, di norma, l'organizzazione, l'attività e il sistema delle garanzie. Tra i casi di maggiore evidenza, si segnalano, ad esempio, per quanto riguarda il profilo dell'organizzazione, le nozioni di impresa pubblica e, soprattutto, di organismo di diritto pubblico.

In conclusione, si deve ribadire che quando la giurisprudenza o le istituzioni comunitarie si esprimono ricorrendo a categorie concettuali

²⁹ A conferma del potere/dovere di disapplicazione di una norma interna da parte degli organi di uno Stato membro nel caso di incompatibilità tra una disposizione di diritto interno con una norma comunitaria si veda, tra le tante, la recentissima sentenza della Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, causa C-357/06, *Frigerio*, in www.federalismi.it

³⁰ Così CHITI M.P., voce *Diritto amministrativo comparato*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., vol. III, Milano, 2006, 1936. Cfr. ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 152.

³¹ SCIULLO G., *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, 2007, n. 3.

³² Così SCIULLO G., *op. ult. cit.*

³³ Cfr. GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 82; ID., *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 88.

apparentemente chiare e definite per gli ordinamenti degli Stati membri, occorre comunque che quest'ultimi accertino il reale significato che i soggetti europei hanno voluto attribuire alle categorie menzionate, non potendosi ancorare alla sola terminologia utilizzata per individuarne il contenuto. Dietro figure già conosciute dagli ordinamenti nazionali e dagli effetti prevedibili si potrebbero, per l'appunto, nascondere realtà che, per come definite dal sistema comunitario, risultano nuove. Così come, viceversa, dietro concetti a prima vista nuovi si potrebbero celare istituti già noti agli operatori giuridici nazionali, seppur sotto altra denominazione.

Proprio l'istituto dell'*in house providing* sembra rappresentare tutte queste difficoltà interpretative. Ad esempio, molti sostengono che i presupposti richiesti dalla Corte per la compatibilità comunitaria del modello in questione ne riducono talmente i margini di autonomia decisionale e gestionale rispetto all'ente affidante che sembrerebbe realizzarsi, di fatto, un'ipotesi di azienda speciale. Al dunque, dietro la "nuova" terminologia di *in house providing* potrebbe celarsi la "cara vecchia" azienda speciale, ben nota da tempo a molti legislatori, come quello italiano³⁴. Così come il concetto di delegazione interorganica, già presente in vari ordinamenti interni, potrebbe, viceversa, rivelarsi "nuovo", qualora si evidenziasse che il contenuto sotteso alla figura richiamata dalla Corte di giustizia o dalla Commissione europea è differente rispetto a quello sotteso alla medesima figura disciplinata nei suddetti ordinamenti nazionali.

4. I concetti di "delegazione interorganica" e di "controllo analogo" nell'ordinamento italiano e la loro compatibilità con gli omonimi concetti utilizzati a livello comunitario

A questo punto, è possibile analizzare l'espressione <<*delegazione interorganica*>>, utilizzata dal giudice comunitario e dalla Commissione europea per descrivere l'istituto dell'*in house providing*, e comprendere il perché delle differenze esistenti tra il concetto in esame delineato dalle istituzioni comunitarie e la medesima "formula organizzatoria" presente nell'ordinamento italiano.

³⁴ Cfr. PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, cit.

Come avremo modo di constatare, infatti, la nozione di delegazione interorganica desumibile dalle pronunce del giudice comunitario non coincide perfettamente con quella conosciuta nel sistema amministrativo italiano, in quanto, se ci si limitasse ad identificare la prima con le sole fattispecie rientranti nella seconda, si finirebbe col negare la qualificazione di *in house* ad ipotesi a cui normalmente tale qualificazione viene riconosciuta.

In altre parole, il concetto di delegazione interorganica, a livello comunitario, sembra acquistare una valenza più ampia; andrebbe letto, cioè, in modo più elastico rispetto al corrispondente concetto giuridico italiano, non dovendosi intendere lo stesso come identificativo delle sole fattispecie in cui si verifica il trasferimento dell'esercizio del potere da un organo ad un altro organo della medesima struttura amministrativa.

Più precisamente, per quanto riguarda la figura descritta a livello europeo, l'Avvocatura generale presso la Corte di giustizia ha rilevato come il diritto comunitario non impone che l'amministrazione osservi procedure dirette a garantire l'effettiva concorrenza tra gli operatori del mercato qualora essa svolga attività avvalendosi dei propri servizi. Questo perché in tal caso <<ci si trova di fronte ad una delegazione interorganica che non fuoriesce dalla sua sfera amministrativa>>³⁵.

La nozione di delegazione interorganica è intesa, dunque, quale rapporto che <<non esula dalla sfera amministrativa dell'amministrazione aggiudicatrice>>³⁶.

In breve, sembra potersi affermare che la delegazione interorganica ricorre, alla luce delle indicazioni provenienti dalle istituzioni comunitarie, quando l'amministrazione realizza l'attività attraverso strutture interne (servizi) senza alcun ricorso al mercato (per questa ragione non verrebbe in questione il diritto della concorrenza proprio degli appalti pubblici e delle concessioni).

³⁵ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Cosmas, presentate il 1 luglio 1999 nella causa C-107/98 (punto 59 delle considerazioni in diritto), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1399. Dello stesso tenore sono altresì le conclusioni presentate il 15 giugno 2000 dall'Avvocato generale Léger nella causa C-94/99 (*ibidem*, 1449 ss.): <<Dès lors que le pouvoir adjudicateur jouit, à l'égard d'un opérateur, d'un pouvoir de contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, les missions qu'il est susceptible de lui confier ne seront pas traitées autrement que si elles avaient été simplement déléguées en son sein>>. L'espressione delegazione interorganica è stata utilizzata anche dall'Avvocato generale La Pergola nelle conclusioni (punto 38) presentate il 19 febbraio 1998 nella causa C-360/96, *ivi*, 1999, 166 ss.

³⁶ Cfr. il punto 2.4. della *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario* del 24 febbraio 1999, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 565 ss.

Così, il concetto di delegazione interorganica porrebbe l'attenzione sui caratteri del rapporto intercorrente tra amministrazione e proprio apparato organizzativo deputato allo svolgimento dell'attività (rapporto definito, appunto, di delegazione interorganica), mentre quando si parla di *in house providing* ci si soffermerebbe a considerare le circostanze e le modalità di produzione dell'attività stessa³⁷.

E' fondamentale, però, rilevare che sia nelle conclusioni degli Avvocati generali, sia nelle pronunce dei giudici comunitari e sia negli atti della Commissione europea la delegazione interorganica, nonostante la denominazione, non sembra essere mai assimilata esclusivamente ad un rapporto interorganico *stricto sensu*, cioè tra soli "organi" della medesima amministrazione. L'importante è che l'attività sia svolta attraverso strutture interne, a prescindere dalla forma che quest'ultime vengono ad assumere.

Conseguentemente, il concetto in esame sembra potersi riconoscere anche in caso di soggetti che non rivestano necessariamente la qualifica di organi dell'amministrazione aggiudicatrice, purché siano in posizione di stretta dipendenza da questa, nonostante organicamente distinti³⁸.

Al dunque, quello che parrebbe assumere rilevanza è il tipo di rapporto esistente tra l'affidante e l'affidatario: si deve trattare di un rapporto di strettissima dipendenza, in cui viene meno l'alterità tra i due soggetti in questione, riconoscibile, appunto, dalla presenza dei due requisiti *Teckal* (controllo analogo e soggetto dedicato)³⁹, il quale può venire ad esistenza non solo tra organi della stessa amministrazione, ma anche tra un'amministrazione e un soggetto da essa distinto, a condizione, però, che quest'ultimo altro non sia che un "soggetto strumentale" al perseguimento dei fini e degli interessi della prima, assoggettato all'indirizzo politico amministrativo dell'ente di riferimento e, quindi, privo di autonomia decisionale. In tal caso, infatti, il soggetto in questione configurerebbe un prolungamento amministrativo della p.a. aggiudicatrice, venendosi, così, a giustificare e a legittimare l'affidamento *in house*.

³⁷ Sul punto si veda COLOMBARI S., <<Delegazione interorganica>> ovvero <<in house providing>> nei servizi pubblici locali, in *Foro amm. CdS*, 2004, 1136 ss.

³⁸ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Léger presentate il 15 giugno 2000 nella causa C-94/99, cit., 1449 ss., ove si osserva che <<les prestations qualifiées de in house>> <<designent les prestations fournies à une autorité publique par ses propres services ou par des services en position de dépendance, quoique organiquement distincts>>.

³⁹ Vedi nota 14.

Nondimeno, come evidenziato da autorevole dottrina, gli enti strumentali << dell'ente non hanno che la forma esteriore, perché nella sostanza sono degli uffici dell'ente ausiliato, ai quali, per ragioni tecniche, si è data autonomia e personalità giuridica. L'ente strumentale ha incombenze esecutive di decisioni dell'ente ausiliato: è un esecutore tecnicamente attrezzato. Ai suoi organi istituzionali sono preposte persone scelte dall'ente ausiliato; ruolo determinante ha la burocrazia dell'ente ausiliare, che è sempre burocrazia tecnica. La potestà dell'ente ausiliato è di ordine, la soggezione è esecuzione dell'ordine; il potere di controllo è illimitato>>⁴⁰.

Ciò posto, è facile intuire che il tipo di rapporto richiesto a livello europeo per la configurazione del modello di *in house providing* potrebbe venire ad esistenza anche con figure che non siano necessariamente organi, come, per l'appunto, gli enti strumentali. Quest'ultimi, infatti, alla luce di quanto appena affermato, sembrano adatti a dar vita, nonostante abbiano personalità giuridica autonoma e, a volte, veste formale privatistica, a quel rapporto di "immedesimazione" tra amministrazione affidante e soggetto affidatario, necessario per la legittimità di un affidamento *in house*.

Ricordando quanto detto in precedenza sull'importanza di non attaccarsi al valore "letterale" delle parole utilizzate, dovendosi dare peso, invece, all'obiettivo perseguito attraverso una determinata previsione normativa o pronuncia giurisprudenziale, si comprende come il concetto di delegazione interorganica, a livello comunitario, possa non limitarsi a identificare, come avverrebbe, invece, nell'ordinamento italiano, quell'<<atto amministrativo organizzatorio per effetto del quale, nei casi espressamente previsti dalla legge, un organo (...), investito in via originaria della competenza a provvedere in una determinata materia, conferisce ad un altro organo (...), autoritativamente ed unilateralmente, una competenza di tipo derivato in quella stessa materia>>⁴¹, ma possa comprendere altre fattispecie, a condizione che l'aggiudicatario configuri una sorta di *longa manus* dell'ente pubblico aggiudicatore.

In altri termini, si può parlare del modello della delegazione interorganica nella circostanza in cui il soggetto gestore sia privo, da un lato, di una propria autonomia imprenditoriale e, dall'altro, non goda di capacità decisionali distinte da quelle della pubblica amministrazione. Tant'è che, in virtù di

⁴⁰ Così GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, 3 ed., Milano, 1993, 211.

⁴¹ Così QUARANTA A., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1978.

tali requisiti, qualcuno è giunto a sostenere che l'*in house* possa anche essere qualificato in termini di <<autoproduzione del servizio pubblico>>⁴².

In sintesi, è il controllo stringente dell'ente pubblico affidante sul soggetto affidatario che determina il riconoscimento di un'ipotesi di delegazione interorganica, così come intesa a livello comunitario: <<soltanto quando l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo" e, al contempo, quest'ultimo svolga la propria attività in via prevalente in favore della stessa amministrazione, si può ritenere sussistente un rapporto di delegazione interorganica (o di "prolungamento amministrativo" o "proiezione amministrativa" dell'ente pubblico) ed escludere l'obbligo di osservanza delle regole comunitarie>>⁴³.

A sostegno di quanto fin qui detto sulla possibilità di interpretare il concetto di delegazione interorganica presente nelle pronunce dei giudici di Lussemburgo in materia di *in house* in termini più ampi rispetto all'omonimo concetto giuridico italiano, sembra utile segnalare anche alcune osservazioni poste in essere sia dalla giurisprudenza amministrativa italiana che dalla giurisprudenza comunitaria relativamente all'espressione "controllo analogo". La delegazione interorganica descritta dalla Corte di giustizia si caratterizza, infatti, come appena rilevato, per il requisito del controllo analogo. Capire, pertanto, in cosa consiste quest'ultimo, dovrebbe permetterci di inquadrare meglio il concetto in esame.

Con precisione, i giudici italiani e comunitari hanno affermato che <<per controllo analogo si intende un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sull'ente societario>>⁴⁴.

Ebbene, la subordinazione gerarchica è ciò che, di norma, per lo meno nel nostro ordinamento, caratterizza i rapporti interorganici, differentemente

⁴² Cfr. CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it

⁴³ Così CALLEA A., *Legittimità dell'affidamento diretto in deroga al principio generale dell'evidenza pubblica*, in AA.VV., *Affidamento diretto e in house contracts negli appalti pubblici di servizi delle amministrazioni centrali*, Roma, 2005, 44 s.

⁴⁴ Così Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in www.giustizia-amministrativa.it. Si veda anche Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, in *Il corriere del merito*, 2006, 1331 ss., con nota di COSTA E., *Presupposti e limiti dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*. Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria, si veda, tra tutte, Corte giust., 18 novembre 1999, causa C-107/98, cit.

da quelli intersoggettivi, caratterizzati più che dalla gerarchia da un <<vincolo di supremazia del delegante verso il delegato>>⁴⁵.

La giurisprudenza nazionale ed europea, però, non richiede una vera e propria subordinazione gerarchica per il realizzarsi del c.d. controllo analogo, ma, come suddetto, <<un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica>>⁴⁶.

Si parla, quindi, di "equivalenza": ciò che conta è che il rapporto tra affidante e affidatario sia tale da produrre, agli effetti pratici, gli stessi vincoli e lo stesso legame di dipendenza che esiste tra delegante e delegato in una relazione interorganica⁴⁷, ma non si richiede lo "stesso" vincolo di subordinazione che esiste tra organi interni all'ente pubblico.

⁴⁵ Osserva, infatti, MELCHIORRE V. A., *La delegazione amministrativa*, in *L'amministrazione it.*, 1975, 649, che <<non si può fare a meno di riconoscere che, nella delegazione interorganica, il rapporto che viene a stabilirsi fra il delegante e il delegato assume valore gerarchico soprattutto in dipendenza del legame di gerarchia che già in precedenza esiste fra loro quali organi di uno stesso soggetto. Un tale valore non è dato invece di riscontrare nella delegazione intersoggettiva, ove i soggetti interessati, già autonomi prima della delegazione, non vengono con questa legati da un rapporto di gerarchia, ma da un vincolo di supremazia del delegante verso il delegato, esplicantesi in termini differenti da quelli imposti dalla gerarchia e che non esiteremmo a qualificare come tipico della delegazione intersoggettiva>>.

⁴⁶ Per quanto riguarda la giurisprudenza europea, si veda, tra le altre, la recente sentenza della Corte di giustizia 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant SA*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, nella quale, al punto 46, si afferma che la giurisprudenza comunitaria <<impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo>>. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza amministrativa italiana, si veda, tra le altre, la recentissima sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, nella quale si sostiene che il controllo analogo, idoneo ad escludere la sostanziale terzietà dell'affidatario domestico rispetto al soggetto affidante, si configura <<in presenza di un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato da parte dell'ente controllante-affidante che consenta a quest'ultimo di dettare le linee strategiche e di influire in modo effettivo ed immediato sulle decisioni dell'affidatario. In definitiva, il requisito del "controllo analogo" postula un rapporto che lega gli organi societari della società affidataria con l'ente pubblico affidante, in modo che quest'ultimo sia in grado, con strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di indirizzare "tutta" l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento. Deve quindi trattarsi di una relazione equivalente, ai fini degli effetti pratici —pur se non identica in ragione della diversità del modulo organizzatorio— ad una relazione di subordinazione gerarchica, che si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell'ente pubblico sul soggetto societario>>.

⁴⁷ In un rapporto interorganico, l'organo gerarchicamente superiore è investito, nei confronti dell'organo inferiore, di una serie di poteri che Mortati ha così sintetizzato: posizione di supremazia generale rispetto all'organo subordinato; potere di direzione dell'attività dell'organo

Come rilevato, infatti, di recente dal giudice amministrativo italiano, <<il requisito del controllo "analogo">> è <<da intendere, ovviamente in modo ben diverso dal vincolo di subordinazione che esiste tra organi ed uffici interni al Comune, essendo altrimenti di per sé inammissibile la stessa possibilità di svolgere i servizi pubblici comunali a rilevanza economica mediante una società di capitali>>⁴⁸.

Pertanto, il controllo analogo non sembrerebbe richiedere necessariamente una delega tra organi, ma un rapporto tra due soggetti, anche organicamente distinti, in cui l'ente pubblico sia, però, in grado di condizionare e determinare le scelte e l'attività dell'affidatario⁴⁹, similmente ad una relazione di subordinazione gerarchica, tipica di un rapporto di delegazione interorganica.

In altri termini, il soggetto gestore deve sostanzialmente configurare, indipendentemente dalla sua qualifica di organo, una specie di *longa manus* dell'ente affidante, consentendo a quest'ultimo di esercitare una sorta di amministrazione "indiretta", nella quale la gestione del servizio resta nelle mani dell'ente suddetto, attraverso un controllo assoluto sull'attività del soggetto affidatario, il quale, a sua volta, si caratterizza per il c.d. controllo operativo economico⁵⁰, cioè per essere istituzionalmente destinato in modo assorbente ad operare in favore del primo.

inferiore, che si esercita con l'emanazione di ordini amministrativi, sotto forma di circolari o istruzioni o direttive; potere di delegare all'organo inferiore l'esercizio di propri poteri, nei casi consentiti dalla legge; potere di risolvere i conflitti di competenza tra organi gerarchicamente inferiori; potere di vigilanza, che importa un controllo sull'attività dell'inferiore mediante ispezioni o inchieste, diretto ad accertare l'adempimento di tutti gli obblighi ad esso imposti dalle norme generali e, in particolare, a sorvegliare sull'osservanza delle disposizioni di servizio impartite dal superiore.

⁴⁸ Così Tar Marche, 11 aprile 2007, n. 500, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*

⁴⁹ A tal proposito nella sentenza del Tar Marche, 11 aprile 2007, n. 500, cit., si afferma che il requisito del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi previsto dall'art. 113, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 267 del 2000, ricorre allorché, in considerazione dell'entità della quota azionaria di cui è titolare l'ente locale, il medesimo ente locale ha la <<concreta possibilità di condizionare tutte le decisioni che sono di competenza non solo dell'assemblea degli azionisti, ma anche quelle di competenza del consiglio di amministrazione >> della società, perché l'elezione dei componenti e del presidente del consiglio stesso è demandata all'assemblea degli azionisti, che, a sua volta, in virtù di quanto nella specie disposto dallo statuto sociale, ha il compito di esaminare e di approvare il *budget* annuale e pluriennale predisposto dal consiglio di amministrazione e anche l'eventuale perdita della maggioranza azionaria non potrà che costituire una decisione dello stesso ente locale.

⁵⁰ Parla di "controllo operativo economico" CALLEA A., *Legittimità dell'affidamento diretto in delega al principio generale dell'evidenza pubblica*, cit., 44 ss.

Invero, i rapporti organizzativi e funzionali tra l'ente affidante e l'aggiudicatario, per come emergono dall'atto costitutivo e dallo statuto del soggetto gestore⁵¹, dai quali si desume, di norma, la struttura organizzativa del modello gestionale, nonché i controlli e le modalità di gestione del medesimo, dovrebbero configurarsi in modo tale da consentire in concreto la reciproca assimilazione dei soggetti in questione⁵².

E' inevitabile, allora, giungere a mettere in discussione l'identificazione tra controllo analogo e delegazione interorganica *stricto sensu*⁵³.

Lo stesso Supremo Consesso amministrativo italiano ha evidenziato come il problema interpretativo inerente il concetto di controllo analogo vada risolto in modo compatibile con la scelta, operata dall'ordinamento comunitario e nazionale, della società come strumento alternativo alla gestione diretta del servizio da parte della p.a.. Si è escluso, così, *<<in linea di principio, che il diritto comunitario possa imporre un modulo che riproduca, tra amministrazione e società affidataria, quella forma di dipendenza che è tipica degli uffici interni all'ente>>*. *Tant'è che è stato considerato <<improponibile l'impostazione accolta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento delle politiche comunitarie, 19 ottobre 2001, n. 12727, nella quale si fa riferimento, addirittura, alla subordinazione gerarchica>>*, proprio per il fatto che la "subordinazione gerarchica", come precedentemente detto, sarebbe tipica dei rapporti di delegazione interorganica strettamente intesi⁵⁴.

A ciò si aggiunga che la stessa formula *<<controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi>>*, utilizzata dal giudice comunitario e recepita successivamente anche dal legislatore italiano, sembrerebbe condurre in tale direzione: la definizione del controllo come "analogo" e non come "identico" sembrerebbe voler ribadire la possibilità di riconoscere un rapporto di delegazione interorganica, il solo a legittimare un affidamento *in house*, anche

⁵¹ L'importanza dell'atto costitutivo e dello statuto del soggetto affidatario è messa in evidenza dalla sentenza del Cons. St., sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082, cit., nella quale si afferma che, *<<essendo il controllo analogo una relazione organizzativa che deve giustificare l'affidamento, e non certo derivare da esso come conseguenza, gli elementi ricavabili dall'atto o contratto di affidamento hanno una valenza ancillare, mentre un ruolo centrale rivestono le regole basilari di funzionamento della società affidataria, dettate dall'atto costitutivo e dallo statuto>>*.

⁵² Sul punto si veda Tar Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318, cit., 1334.

⁵³ A tal proposito si vedano Corte giust., sez. IV, 14 novembre 2002, causa C-310/01, in *Urb. e app.*, 2002, 1143 ss.; Cons. St., sez. V, 9 maggio 2001, n. 2605, in *Foro amm.*, 2001, 1172 ss.

⁵⁴ V. Cons. St., sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7345, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

nel caso in cui tale rapporto non si concretizzi tra organi della medesima amministrazione. Ciò che conta è che l'amministrazione abbia sul gestore un controllo pari, agli effetti pratici, a quello che la stessa di norma esercita sui propri servizi, ma non si pretende, appunto, che si realizzi necessariamente tra organi appartenenti allo stesso ramo dell'amministrazione.

Ragion per cui, se, a livello comunitario, la delegazione interorganica si individua per la presenza del requisito del controllo analogo e quest'ultimo va inteso in modo diverso dal vincolo di subordinazione che esiste tra organi ed uffici interni all'amministrazione pubblica —non legittimandosi, altrimenti, l'affidamento *in house* nei confronti di soggetti come le società di capitali—, riconoscendosi anche tra due soggetti organicamente distinti, purché, in tal caso, l'ente affidante sia in grado di condizionare e determinare le scelte e l'attività dell'affidatario e il soggetto gestore configuri, indipendentemente dalla sua qualifica di organo, una specie di *longa manus* dell'amministrazione affidante, allora, per la proprietà transitiva, la delegazione interorganica a cui fa riferimento il giudice comunitario in materia di *in house* verrà in essere ogni qual volta vi sia un trasferimento dell'esercizio del potere tra soggetti, non costituenti necessariamente organi della stessa amministrazione, tra i quali, per lo strettissimo legame venutosi a creare, venga meno l'alterità e si realizzi in concreto una reciproca assimilazione.

Ciò posto, è facile intuire che il concetto in esame presente a livello comunitario in materia di *in house* si differenzia dall'omonimo concetto organizzativo del nostro ordinamento giuridico.

Quest'ultimo, invero, riconosce la “delegazione interorganica” esclusivamente nel caso di trasferimento dell'esercizio del potere da un organo ad un altro organo della stessa struttura amministrativa. Mentre, qualora si avesse a che fare con figure soggettive con qualità di soggetti giuridici, dotate di personalità giuridica autonoma, si dovrebbe parlare di “delegazione intersoggettiva”, la quale è sottoposta ad una disciplina giuridica differente rispetto a quella della delegazione interorganica.

Come rilevato dallo stesso Giannini, infatti, <<*i rapporti interorganici hanno come parti figure soggettive che non necessariamente sono dei soggetti. (...) Si può anzi dire che quando il rapporto interorganico corre tra figure soggettive che hanno la qualità di soggetti giuridici, esso è sottoposto al regime formale di un rapporto intersoggettivo*>>⁵⁵.

⁵⁵ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 297 s.

A livello comunitario, invece, da quanto detto, sembrerebbe che il concetto di delegazione interorganica vada inteso in modo più ampio rispetto a quello previsto nell'ordinamento italiano. Più precisamente, le fattispecie riconosciute dai giudici di Lussemburgo come delegazioni interorganiche e legittimanti, pertanto, gli affidamenti *in house* parrebbero comprendere ipotesi ulteriori rispetto a quelle in cui si verifica uno spostamento di competenza tra organi, come nel caso in cui l'amministrazione affidi la gestione di un servizio ad una società di capitali.

In altri termini, il concetto "comunitario" di delegazione interorganica sembrerebbe ricomprendere sia le ipotesi di delegazione interorganica *stricto sensu*, cioè quelle in cui si verifica un trasferimento dell'esercizio del potere da un organo ad un altro della stessa p.a., sia le ipotesi che nell'ordinamento italiano definiremmo, più correttamente, di delegazione intersoggettiva.

E' pur vero che alcune persone giuridiche altro non sono che organi della pubblica amministrazione. Non si può escludere, dunque, che, a volte, un soggetto dotato di personalità giuridica, apparentemente distinto da un ente pubblico, possa, invece, rappresentare un organo di quest'ultimo e dar vita, pertanto, ad un'ipotesi di delegazione interorganica *stricto sensu*. In questi casi, infatti, l'organo non agisce come parte integrante dell'ente, ma come autonomo soggetto, dotato di propria personalità, con la conseguenza che l'imputazione del suo operato all'ente sarà di secondo grado anziché di primo⁵⁶.

Tale fenomeno, che va sotto il nome di organo-ente o organo-persona giuridica, trova riscontro nell'ordinamento italiano, nel quale, precisamente, si ricorre all'organo-persona giuridica quando vi siano particolari ragioni, di solito di carattere patrimoniale, cioè per dare all'organo una maggiore libertà negoziale, e, quindi, potergli attribuire la qualità di parte contraente, con possibilità di percepire proventi diretti in corrispettivo delle prestazioni erogate.

In effetti, non si può negare che quest'ipotesi sembri soddisfare perfettamente le esigenze degli enti locali che vogliano gestire direttamente i servizi pubblici: da un lato, garantirebbe la configurabilità di quel rapporto di delegazione interorganica tra ente pubblico e gestore, indispensabile per poter gestire direttamente il servizio, dall'altro, permetterebbe all'affidatario di godere di quella libertà negoziale ed organizzativa necessaria per gestire al meglio il suddetto servizio.

⁵⁶ Sul punto si veda GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 256 s.

<<Gli organi persone giuridiche presentano, così, due facce: in quanto sono organi si inseriscono in un quadro di rapporti interorganici, per cui sottostanno, a seconda dei casi, a poteri gerarchici, o di direttiva, a controlli generali (p. es. Corte dei conti), o speciali, e così via. In quanto persone giuridiche hanno propri rapporti patrimoniali, propria contabilità, propria organizzazione. Di solito hanno anche proprio personale (distinto per stato giuridico, reclutamento, ecc., dal personale dell'ente di cui sono organi), e propri beni (cioè beni che quanto all'appartenenza, possono non essere dell'ente di cui sono organi)>>⁵⁷.

In verità, però, non è mancato chi abbia sostenuto che i soggetti appena descritti rappresentino enti pubblici strumentali piuttosto che organi con personalità giuridica⁵⁸. Se così fosse, allora, non si potrebbe parlare più di “delegazione interorganica”, ma sarebbe più corretto definire le fattispecie in questione come “delegazione intersoggettiva”.

Ad ogni modo, indipendentemente dalla qualifica di questi soggetti come organi piuttosto che come enti strumentali, è possibile ricorrere all'affidamento *in house* in entrambi i casi, in quanto, alla luce dell'analisi precedentemente fatta, si è rilevato che il concetto di delegazione interorganica elaborato dai giudici di Lussemburgo nella materia in esame comprende anche ipotesi che, nell'ordinamento italiano, dovrebbero essere qualificate come delegazione intersoggettiva. Si pensi ai casi di delega tra un ente pubblico ed un proprio ente strumentale.

A conferma di ciò è possibile individuare alcune pronunce della Corte di giustizia, nelle quali il Supremo organo giurisdizionale comunitario ha espressamente affermato la legittimità dell'affidamento *in house* posto in essere nei confronti di imprese pubbliche operanti in qualità di strumenti esecutivi interni all'amministrazione aggiudicatrice. Si pensi, ad esempio, alle ormai famose sentenze della Corte di giustizia riguardanti la società statale spagnola *Tragsa* (*Transformación Agraria SA*)⁵⁹. In tali pronunce i giudici comunitari hanno, infatti, ammesso che la società in questione possa essere considerata come un

⁵⁷ GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 258.

⁵⁸ Cfr. SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984. Per GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, I, cit., 211, però, tale <<tesi non è accettabile, perché l'ente strumentale non opera alcuna imputazione giuridica all'ente ausiliato>>.

⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia, 8 maggio 2003, causa C-349/97, *Spagna/Commissione*, in *Racc.*, I-3851 e Id., 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Tragsa*, in www.dirittodeiservizipubblici.it

modo diretto di agire da parte dell'amministrazione⁶⁰, in quanto <<impresa pubblica operante in qualità di strumento esecutivo interno e servizio tecnico di diverse amministrazioni pubbliche>>⁶¹.

Pertanto, alla Tragsa è stata riconosciuta la possibilità di <<realizzare operazioni senza essere assoggettata al regime previsto dalle direttive [in materia di appalti pubblici] (...), dal momento che, da un lato, le amministrazioni pubbliche interessate esercitano su tale impresa un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e che, dall'altro, la detta impresa realizza la parte più importante della sua attività con le amministrazioni di cui tratta-si>>⁶².

In conclusione, il concetto di delegazione interorganica utilizzato a livello comunitario sembra avere una valenza sua propria e non dovrebbe essere confuso con gli omonimi concetti giuridici nazionali. Si rischierebbe, altrimenti, di farne cattiva (*rectius*, inadeguata) applicazione. In ordinamenti come quello italiano e spagnolo, ad esempio, la sua portata è più limitata rispetto a quella prevista dal giudice comunitario, individuando esclusivamente i rapporti in cui si verifica un trasferimento dell'esercizio del potere tra organi dello stesso ente pubblico.

Come per la maggior parte dei concetti giuridici applicati a livello europeo, anche per quello di delegazione interorganica è necessario, allora, per giungere ad una corretta interpretazione, prendere in considerazione il contesto di riferimento, l'ambito di applicazione e, soprattutto, la *ratio* perseguita dall'ordinamento comunitario attraverso la sua previsione, disancorandosi dal significato letterale delle parole. Occorre procedere partendo dall'individuazione dell'obiettivo perseguito per giungere ad accertare il significato reale delle espressioni adoperate. *Modus procedendi*, quest'ultimo, che non fa altro che confermare l'approccio funzionale (e non formale), tipico dell'ordinamento comunitario.

⁶⁰ In tali termini si è espressa precisamente la sentenza della Corte di giustizia, 8 maggio 2003, causa C-349/97, *Spagna/Commissione*, cit., I-3851.

⁶¹ (Così Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Tragsa*, cit., punto 65.

⁶² In questi termini Corte giust., 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Tragsa*, cit., conclusioni.